FRANCESCHINI

Dell'appello incidentale
dell'appellato

1887

AVV. GAETANO FRANCESCHINI

DELL'APPELLO INCIDENTALE DELL'APPELLATO

CONTRO IL

COAPPELLATO

DOTTOR LEONARDO VALLARDI, EDITORE

MILANO | NAPOLI
Via Disciplini, 15 | Via Pignatelli, 29

1887

Avv. GAETANO FRANCESCHINI

DELL'APPELLO INCIDENTALE DELL'APPELLATO

CONTRO IL

COAPPELLATO

DOTTOR LEONARDO VALLARDI, EDITORE

MILANO — Via Disciplini, 15 | NAPOLI — Via Pignatelli, 29

1887

Estratto dalla Rivista giuridica *Il Filangieri*, Parte I.
Anno XII. N. 10

Milano 1887 - Tipografia Guerra.

DELL' APPELLO INCIDENTALE DELL' APPELLATO CONTRO IL COAPPELLATO

1. Nel vigente Codice di procedura civile troviamo che anche quando sia scaduto il termine per l'appello principale, l' appellato può proporre appello incidentale da qualunque capo della sentenza e la forma viene stabilita dall'articolo 487. Nell'applicare questa disposizione si disputa intorno alla questione che forma oggetto del presente studio.

2. Il Cod. francese all' art. 443 dispone. — L' intimé pourra néamoins interjeter incidemment appel en tout état de cause, quand même il aurait signifié le jugement sans protestation. —

Ne segue che l' appellato può solo appellare incidentalmente e contro l' appellante principale, nella qualità da lui dichiarata nell' atto di appello, relativamente alle altre parti, l' appellato deve ricorrere all' appello principale.

Principii questi consacrati da un grande numero di giudicati, pur essendo stata accolta la contraria opinione (1). Ma si è fatta eccezione in tema di garanzia (2) quantunque da altri (3) oppugnata, come pure nei giudizi di graduazione (4).

3. Che l' appello incidentale debba aver luogo solamente contro l' appellante principale e non tra l' appellato ed il coappellato, è, presso noi, ritenuto da moltissime sentenze (5). Le principali

(1) DALLOZ Appel incident nn. 108, 125, 126, 129. CARRÉ e CHAUVEAU, Lois de la Procédur e civile. Bruxelles Meline Cans et compagnie 1845 Q. 1573 Pandectes Belges Appel incident n. 100-111.

(2) DALLOZ. l. c. nn. 131-134.

(3) CARRÉ e CHAUVEAU l. c. Q 1573, 1581 — 4 n. 6, 14-16.

(4) CARRÉ CHAUVEAU l. c. Q 1573 2586-4 DALLOZ. App. inc., nn. 140-141. Ordre entre créanciers nn. 976-978.

(5) A Lucca 2 ottobre 1867 TANNINI-MALACCHI. Annali 1867, II 544 — A Casale 24 luglio 1869 CITTERIO-CANTONI-COTTA. Annali, 1869. II 409, 28 giugno 1875 Regie Finanze — BENEVOLO. Legge 1877, I. 645 — A Brescia 6 dicembre 1870. (È da notare però che la Corte così si esprime: « e non mai contro un altro appellato per questione nella quale l' appellante non ha verun interesse) » SCALVI-SCALVI, Annali 1872; II. 103 e 5 aprile 1871, Parma-Caluci. Annali, 1871. II. 177. — A Parma

ragioni addotte sono. — La intrinseca natura dell'appello incidente; l'appellante principale impugnando la sentenza di primo grado e cercando rendere deteriore la posizione dell'appellato, deve attendersi la reazione da parte di questo, appellando da quella parte della sentenza che non gli sia stata favorevole; l'appello incidentale è un incidente del principale, un mezzo di difesa contro il medesimo, una domanda riconvenzionale, ne è un accessorio e quindi può proporsi solo contro l'appellante principale; non può aver effetto oltre il limite dell'appello principale e relativo incidente, senza poter essere diretto contro il coappellato che di nulla si lamenta; dovendo essere proposto nella prima risposta si accenna solo all'appellante, come quegli che ha promosso il giudizio, che ha domandato ed una comparsa non ha mai il carattere di risposta rimpetto a persona che non propose alcuna domanda; disponendosi che l'appello incidentale non possa aver vita qualora il principale sia prodotto fuori termine, si chiarisce sempre più che la sussistenza dell'appello incidentale è subordinata alla esistenza del principale; può appellare incidentalmente l'appellato ma tale qualità non può sussistere che di fronte all'appellante quindi la sua efficacia non può spiegarsi che contro quest'ultimo, mai contro un coappellato verso il quale non avrebbe necessità di difendersi, se non nel caso che avesse questi pure interposto appello principàle; nei procedimenti sommari, i coappellati verrebbero a conoscere all'udienza l'appello incidentale contro di loro diretto, in quella che conoscono per la citazione di appello quale sia la controversia portata in grado di appello e quindi mancherebbe la parità di trattamento, il modo di allestire la propria difesa;

9 giugno 1871 MATHOVIC-CATTANI-SACCHI. Annali 1871, II. 276 e 4 agosto 1871. Ospizio civile e Collegio Morici di Piacenza e Soldati. Annali 1872, II, 140. — A Genova 1 giugno 1877. Finanze *c.* Wust. Munic. di Genova Eco Gen.; 1877, 466. — A Trani 10 marzo 1882 Tarantini *c.* Tarantini, Giuris. ital. 1882, II 487. — A Milano 1 marzo 1872, Demanio *c.* Tosini ed altri. Legge 1872. I, 446. — A Torino 23 gennaio 1884. Com. Baveno *c.* Corte Giur. Tor. 1884-255. — A Bologna 29 ottobre 1884. Abbati-Tosi municipio di Savignano. R. giur. bol. 1884-330. — A Roma, 30 dicembre 1876, Villa Peccia, sorelle Peroni. Giurispr. ital. 1877; I. 11, 169, 7 aprile 1885, Genio Militare *c.* Tanlongo, Legge 1885, II, 342 e 29 marzo 1881 ALESSANDRINI-MACCHI-SANTOLAMAZZI, Legge 1881, II, 845. — A Venezia 8 giugno 1886, PEREZ-MILLA, giur. ital 1886, II 385, C. Torino 29 aprile 1870, Costa Amm. generale della guerra. Annal 1870 I, 258, 13 dicembre 1877 Tosanelli *c.* Congregazione di Savarda. Annali 1878, I. I. 536, 30 aprile 1883. Finanze-Serra. Annale 1883, I. I. 275, 19 ottobre 1883; Casanova-Bina. Annali 1883 I. I. 505. — c. Napoli 21 giugno 1878, De Rosa *c.* Ferrovie Romane. Annali 1878 I. I. 549, 9 maggio 1882, Rodi *c.* Zara, Gazz. Proc. XVIII, 211, 4 settembre 1876, Gazz Proc. Nap. 1876, 281, 10 luglio 1885. *Filangieri* 1885, II, 650.

l'appello incidentale si trasmuterebbe in principale ed avrebbe ingresso oltre il termine che è di rigore.

Altri giudicati non accettarono la massima or ora accennata in tutto il suo rigore. Infatti la Corte di Brescia (1) considerava « A questa regola generale però è ammessa una eccezione, quando, cioè, l'appello principale di uno dei contendenti ponga l'appellato, rispetto agli altri intervenuti nel giudizio, sebbene non appellanti, nella stessa condizione in cui viene posto per l'appello principale, rispetto all'appellante; che è quanto dire, ognora che l'appello principale ecciti nell'appellato un interesse ad interporre appello contro gli altri, sebbene non appellanti, a migliore e più cauta difesa dei suoi diritti; caso questo che può facilmente figurarsi appunto in giudizio d'ordine tra i creditori ipotecari e negli altri, nei quali, come in quello di cui ora si tratta, sono intervenuti dei garanti.... (2) »

E la Corte di Parma nella citata sentenza 9 giugno 1871 così scrive: « Che se talvolta può darsi che anche contro chi non ha appellato possa prodursi appello incidentale non avviene nel solo caso di solidarietà pronunciata dalla sentenza, perchè rendendo questa indivisibile la condanna di tutti i liteconsorti, l'appello interposto da uno di essi autorizza l'intimato a volgere il suo appello incidente anche contro quei liteconsorti che non hanno appellato, pel motivo che in questo caso, gli atti dell'appellante principale tornerebbero necessariamente giovevoli ai suoi liteconsorti. »

4. In tema di garanzia, l'appello incidentale dell'appellato contro il coappellato, è ammesso, perchè, risorta in appello la possibilità del pregiudizio, atteso l'appello principale, non può negarsi tale rimedio a salvaguardia del proprio diritto (3).

5. Alla massima assoluta che nega l'ammissibilità dell'appello incidentale di un coappellato contro il coappellato, si fa pure eccezione negli appelli dalle sentenze di graduazione (4)

(1) 24 aprile 1871, Agogeri-Radici-Panzera, Annali 1871, II, 392.

(2) V. nello stesso senso. A Lucca 28 dicembre 1880, Paladini-Bianchi-Taccheri. Annali 1880, II. 480. — A Trani 21 marzo 1883. Albertani ed altri, Foro ital. VIII, I, 1270 con nota — 12 maggio 1884, Moscatelli Novelli ed altri. Gaz. Proc. XIX, 357, C. Torino 25 agosto 1882, Grasselli-Mina-Bolzeri, Cassazione, Tor. 1882, II, 383,

(3) C. Napoli 21 giugno 1878 citata. — A Bologna 29 giugno 1883. Società bonifiche c. Comune di Codigoro e Pavanelli. Annali. 1883, 453. C. Roma, 10 giugno 1879. Soc. ferr. rom. Sereni e Soc. ferr. Alta Italia. For. ital. IV. I. 861 C. Napoli 8 febbraio 1882 De Sangro Pandozzi. Annali 1882, I. I. 151. — A Roma 16 feb. 1881. Finanze-Tamboni-Rozza, Legge 1884, II 193.

(4) A Casale 28 marzo 1864, Giuris. XVI, II 574. — A Torino 29 marzo 1869, Goffis-Bozzolano, Bottini XXI, 186. A Bologna 1 marzo 1875. Salvagnini-Boriani. Annali 1875. II, 236, cit. sentenza. — A Brescia 5 aprile 1871, pag. 179-180.

per l'indole di questo giudizio; in quella che tale eccezione da altri giudicati non viene ammessa (1), non trovandosi luogo a far distinzioni.

6. Il Pisanelli (2) configura varii casi cui dà una soluzione e ne ricava la seguente regola: « l'appello incidentale è ammissibile soltanto quando è rivolto contro l'appellante principale, ma a siffatta regola fa eccezione il caso in cui l'appello principale ponga l'appellato rispetto ad altri appellati, nella medesima condizione in cui è messo dall' appello principale risguardo all'appellante, quando cioè promuova in lui l' interesse ad appellare anche contro altri intimati. In questa ipotesi, per parità di ragioni. non si può escludere l'appello incidente diretto contro altri appellati. « Di tale questione si occupò pure il Pescatore (3), formolando queste conclusioni:

1. L'appello incidentale è ammesso e si deve ammettere anche nei giudizii di graduazione;

2. Se i creditori concorrenti nella graduazione sono più di due, l'appello incidentale non ha effetto contro i coappellati non appellanti in via principale;

3. Il decidere se l'appello incidentale, e il giudicato che ne emani favorevole all'appellante possa ricevere esecuzione divisa e parziale contro il solo appellante principale, dipende dalle varie combinazioni dei casi;

4. Che se da una data combinazione risultasse impossibile l'esecuzione prodiviso l' appello incidentale sarebbe affatto da rigettarsi, come avviene in materia individua.

Il Ricci (4) del pari insegna che l'appello incidente non può aver luogo che tra l'appellato e l'appellante principale (5), ma che questa regola ha la sua eccezione nei giudizii di graduazione (6). concludendo che « l'appello incidentale deve essere

(1) A Casale 28 giugno 1875. Regie Finanze. — Benevolo, Legge 1877, I, 646. C. Torino 19 ottobre 1883 già citata.

(2) MANCINI-PISANELLI-SCIALOIA. Commentario del Cod. di proc. civ. per gli Stati Sardi. Torino 1857-1858, III nn. 623-627, V. p. I n. 1226. CUZZERI dell'appello incidente. Archivio giuridico, VIII § V, pag. 551. Il Codice di proc. civile, Verona 1877-1878, Carlo Kayser successore H. F. Münster, II sull' articolo 487 n. 2, III sull' art. 725 n. 9.

(3) Filosofia e dottrine giuridiche. Torino Bocca 1874, I, pag 328-342. Giornale delle leggi, II, 126.

(4) Commento al Cod. di proc. civ. ital., 1883. Firenze, Cammelli, II nn. 513 514, pag. 459, III n. 266 pag. 284.

(5) MATTEI. Annotazioni al Cod. di procedura civile italiano, Venezia, Naratowich 1869, sull' art. 487, n. 21.

(6) BORSARI il Cod. di proc. civ. ital. annotato sull' art. 725. PASCUCCI: Della esecuzione immobiliare studiata nelle principali leggi antiche e moderne e delle riforme di cui si presenta meritevole. Macerata, fr. Mancini 1884. n. 143 p. 163.

eziandio proposto contro i coappellati quando l'appello principale mette l'appellato rimpetto ai coappellati nella medesima posizione nella quale egli è posto per l'appello principale di fronte all'appellante, quando in altri termini sorge in lui l'interesse ad appellare contro quanto hanno i coappellati ottenuto a suo danno. Il Mattirolo (1), il Gargiulo (2) negano nel caso di garanzia si possa fare eccezione al generale principio che non ammette la possibilità di un tale appello, ma accettano la dottrina, secondo la quale si può appellare incidentalmente tra appellato ed appellato nei giudizii di graduazione, sempre quando l'appello principale rimette in questione, e così nell'incertezza e nel dubbio, la collocazione dei detti appellati.

7. Una sentenza del magistrato nel dirimere le controversie insorte tra due o più parti e nel giudicare sulle mutue domande ed eccezioni, alcune ne accoglie, altre ne respinge: o ne accoglie talune che pongono al sicuro una delle parti in causa, perchè risguardano un'altra delle parti, e per la condizione delle cose, nulla ha che dubitare per il pacifico godimento dei proprii diritti. Una parte contendente vorrebbe accettare lo stato giuridico creato dalla sentenza perchè — quantunque non del tutto favorevole, pure, considerata la cosa sotto ogni aspetto si preferisce all'avventurarsi ad un giudizio di appello, che potrebbe avere anche altro seguito — o perchè le cose rimanendo nei termini quali dal magistrato furono fissati nella sua sentenza, la parte, di cui ci occupiamo, trova avvantaggiata, anzichè deteriorata la sua condizione giuridica. Un' alterazione qualsiasi apportata a queste condizioni di fatto e di diritto, tutto immuta, perchè non è più il caso di fare un parziale sacrifizio in vista di incerte e future eventualità; quello stato giuridico favorevole che la sentenza aveva dichiarato, torna del tutto in forse, può divenire sfavorevolissimo, per modo che se il non avere accolto una o tutte le domande in primo grado spiegate, non portava con sè il bisogno di ricorrere al magistrato di appello, questo bisogno sorge dal fatto del cambiamento che si vuole, si può forse apportare alle condizioni fatte dalla sentenza di primo grado. Questa accoglie una domanda dell'attore, non così la seconda domanda spiegata, tanto che è per lui necessario un appello; ma invece, poco dopo la pubblicazione della sentenza appella il convenuto chiedendo che la sentenza sia riformata, perchè anche quella do-

(1) **Trattato di diritto giudiziario civile. Torino, Bocca 1883, IV n. 422 p. 436, 438, VI nn. 549-558, pag. 454, 465.**

(2) **Il Cod. di proc. civ del Regno d'Italia, Marghieri, Napoli 1879, III sull'art. 487, II, III, IV sull'art. 725, XVII. Enciclopedia giuridica ital. V. Appellazione nn. 294-297, 321 — Analisi di giurisprudenza della proc. civ. § 636, 638, pagg. 499,500.**

manda accolta in primo grado deve essere respinta. Ora il legislatore ha provveduto a tutto questo mediante l'opportuno rimedio coll'istituto dell'appello incidente. È indubitato che si poteva appellare, principalmente; si ha una parziale soccombenza; le proprie domande sono state respinte, quantunque, in definitiva, i propri diritti non siano lesi, o la lesione sia tale che si accetta: si poteva domandare una diversa dichiarazione dei diritti delle parti; ma non lo si è fatto perchè vi è ancora tempo, perchè se nulla interviene a mutare le condizioni preaccennate, manca un vero e proprio interesse a muovere doglianze e si lascia che la sentenza passi in giudicato. Sorge però un appello principale ed ecco che il cambiamento si verifica, dà vita ad una nuova èra, per dir così; si attua quel diritto che si aveva ad appellare principalmente, ma è concessa una forma diversa; si è detto e si è ripetuto che l'appello incidentale si distingue dal principale per il tempo in cui può proporsi (1): la parte che era parzialmente soccombente, che ha visto respingersi alcune sue domande, che trova il suo diritto posto in pericolo, si grava ancor essa del giudicato di primo grado, propone quelle domande che ravvisa giuste, consentanee al suo interesse.

L'appello incidentale può essere proposto da qualunque capo della sentenza (2) appunto perchè tutta era soggetta al riesame

(1) V. p. e. Pandectes belges Ap. inc. n. 7, Carré e Chauveau l. c. Q. 1571. 2, Ricci l. c. II, n. 511, pag. 457, Mattirolo l. c. IV, n. 424, pag. 441.

(2) Il Cod. Francese, come si è visto, ha una differente dizione del Codice che ci regge, Carré (che cita qualche autorità a suo favore) (a) fondandosi sul principio da lui sostenuto, della divisibilità, per modo che ciascuna decisione, su ciascun capo distinto deve essere considerata, come un giudicato a parte, così conclude..... « nous persistons dans l'opinion que nous avons émise en nos précédentes ouvrages, et nous tenons pour certain que toutes les fois qui un jugement contient divers chefs distincts et non connexes et qu' il n'y a appel principal que relativement a' l'un de ces chefs; que toutes les fois mêmes que, dans la même hypothèse il y a un appel principal, sans interjeter purement et simplement appel d' un jugement qui, sur plusieur chefs, aurait donné gain de cause à l'appellant; il faut en conclure, pour le premier cas, que l'appel incident, à l'égard des chefs non attaqués, est non recevable, pour le second, qu' il l'est egalment puisque l'appel principal n'a pu porter sur des chefs jugés en faveur de l'appellant; qu' enfin, dans ces deux circostances, l'intimé doit s'imputer de n'avoir pas dans les troismois de la signification du jugement par exploit à personne ou domicile, formé lui même appel principal de ce jugement. » Nella stessa questione Chauveau professa la opposta opinione confortandola con giudicati, scrittori e che è la prevalente, (b) poichè la legge non fa distinzione; lo spirito di essa importa una tale soluzione (c).

(a) Q. 1574.
(b) Dalloz. Ap. inc. nn. 31-39.
(c) Pandectes belges Ap. inc. nn. 46-56.

in secondo grado e l'interesse delle parti leso da qualunque dei capi, importa che tutti possano, coi rimedi dalla legge concessi

Il Codice estense di proc. civ. all'art. 819 chiaramente dispone: « Se però quegli cui è fatta l'intimazione della sentenza, interporne appello, la parte che ha dimandato l'intimazione può incidentemente interpore l'appellazione pei capi ad essa contrari, purchè ne faccia istanza entro il termine di cinque giorni decorrenti da quello dell'intimazione dell'atto di appellazione della controparte e si conformi al disposto dell'art. 824 « Il Cod. Sardo del 1854 all'art. 563 e quello del 1859 all'art. 536 sancirono espressamente che « l'appellante potrà proporre incidentemente l'appello da qualunque capo della sentenza, dizione questa passata nel nostro Codice, il quale all'art. 486 non riprodusse intera la disposizione degli articoli 574 del Codice Sardo del 1854 e 541 del Codice del 1859 colle quali si stabiliva « Contenendo le sentenze più capi, l'appellante nell'atto di appello dichiarerà se intende appellare da tutti o soltanto da alcuni di essi, facendone in quest'ultimo caso una specifica indicazione.

Quanto ai capi che non fossero specificatamente indicati s'intenderà che lo appellante abbia senz'altro accettata la sentenza *salvò però sempre all'appellato il diritto di proporre incidentalmente l'appello anche da questi.* Se non sarà fatta indicazione di capi, l'appello s'intenderà interposto per tutti. » In vero sembraci questa disposizione superflua, essendosi il diritto dell'appellato sancito con altro articolo di legge e quindi crediamo sia stata a ragione soppressa dal legislatore, senza che possa essere indizio di mutata volontà. S'insegua quindi (a) che l'appellato può appellare incidentalmente da qualunque capo della sentenza, perchè questa è la precisa disposizione di legge, tale lo spirito di essa, ossia di porre l'appellato nelle condizioni d'impugnare la sentenza di primo grado in quanto gli riuscì contraria; la causa è una come la sentenza, benchè composta di più capi intrinsecamente distinti, ma riuniti, nei rispetti della forma giudiziaria, in un sol pronunciato. (b) La Corte di Appello

(a) PISANELLI l. c. n. 629, pag. 321-323. — PESCATORE l. c., Cuzzeri, cit. Archivio giur. pag. 535, RICCI, l. c. II, n. 512, pag. 458. MATTIROLO l. c. IV n. 419, pag. 435 in nota. GARGIULO. Enciclop. giur. ital. cit. Appellaz. n. 303. GALANTE. In un giudizio tra più collitiganti l'appello incidentale non può dirsi ammissibile unicamente nei rapporti con l'appello principale, in maniera che se questo rifletta un capo solo della sentenza relativa ad alcuno dei coappellati sia improponibile l'appello incidentale prodotto contro un capo diverso della sentenza medesima riguardante altro coappellato, Gazz. proc. XX 508.

(b) Così decisero, C. Torino 13 agosto 1884. Roffetto, Annali 1884 l. t. 478. — A Firenze 4 maggio 1868, Selva-Contagalli, Legge 1869, I. 124. — A Lucca 2 ottobre 1867 citata. — Bologna 31 dicembre 1878, Piancatelli — comune di Castel Bolognese ed altri Annali 1879, II 332 e nota 29 gennaio 1884. BERTACCINI Resi Riv. giurid. XII, 51. — A Modena 12 giugno 1874. MOLZ. Int. di fin. di Modena ed altri. Giur. ital. 1874 II. 469. — A Brescia citata sentenza 29 aprile 1871. C. (Roma 17 gennaio 1880, Cong. di Carità di Montefano (RICCARDI. Legge 1880, I, 214. — A Genova 28 maggio 1880, Cassa marittima. DISRAZIA, Foro ital. 1880 I, 1281 con nota di richiami in vario senso, 18 febbraio 1881. Traversaro-Traversaro. Annali 1881, II. 211. — A Trani 10 marzo 1882. TARANTINI TARANTINI, Foro ital. 1882, I 960 con nota di richiami in vario senso. — A Parma 9 giugno 1882. Casalini, Municipio di Parma ed altri, Giuris 1862, II 405. (Vogliamo riprodurne queste considerazioni. Del resto è ovvio come la necessità dell'appello incidentale si presenti specialmente rispetto ai capi della sentenza non toccati dall'appello principale; avvegnachè, quanto a quello formante oggetto di questo appello, l'appellato può senza valersi dell'appello incidente opporre a sua difesa tutte le eccezioni dedotte innanzi ai primi giudici contro la domanda del suo contraddittore. Azione ed eccezione sopra un dato punto formano un tutto individuo, sia nella prima che nella seconda istanza della Causa.

essere deferiti al giudice di secondo grado. Osserva infatti il Ricci (1) che v'ha il contraddittore, non ci è ragione di moltiplicare i giudizii; col giudizio di appello, la lite si ripropone, quale si contestò in primo grado e tutta la materia sottoposta ai primi giudici torna ad essere esaminata dal magistrato superiore; il giudizio riaperto dall'avversario dà il diritto all'appellato di far valere nel giudizio di appello quelle pretese che affacciò nel giudizio di primo grado. L'occasione è l'appello principale, desso genera l'appello incidentale, che altrimenti non potrebbe esser proposto in quella forma ed in quel momento; ma il vero motivo, la causa prima, la radice, sta nella teoria generale del doppio grado, nel diritto che ciascun litigante ha di denunciare la sentenza dei primi giudici a quelli d'appello, perchè la riparino in quanto lede un diritto di esso appellante, donde l'interesse a porgere tale reclamo. Ma questo interesse vi vuole, quell'interesse che è legittimo in giudizio e che rende esercibile un'azione. — E se tutto questo è vero, non sappiamo comprendere regole ed eccezioni; poichè, se v'ha una regola, non vi sono eccezioni. Per noi, non v'ha che un principio giuridico, un istituto, quello dell'appello incidentale, ed occorre farne la applicazione ai casi concreti, specifici che nella pratica si pos-

di Milano invece decise (c) « È inammissibile l'appello incidentale quando con esso s'investe un capo di sentenza affatto estraneo all'appellante principale e non avente rapporto di sorta col gravame principale. »

E la Cassazione di Torino il 13 luglio 1881 (d) osservava: « Ma, dovendosi rifuggire da ogni eccessiva estensione, come da ogni nociva restrizione, e rimanere in quella via di mezzo in cui meglio si adagia la giustizia, ed essendo indubitato che pure le sentenze sono divisibili per quante sono le disposizioni contenute nelle diverse e distinte pronunciazioni, è di preferenza a ritenersi la massima che nel caso una sentenza contenga veramente più capi, l'appellato può con l'appello incidentale impugnare quei capi che trovinsi investiti dell'appello principale o quegli altri che abbiano coi capi principalmente appellati una necessaria connessione, una stretta affinità o dipendenza giuridica, non mai quelli che vi siano perfettamente estranei per natura di azione ed oggetto, e risguardanti persone diverse dall'appellante principale. » Il nostro modesto avviso si è debba essere respinta l'opinione che non possa proporsi appello incidente contro i capi della sentenza non investiti dell'appello principale, e ciò, sia per la lettera della legge tenendo anche conto dei precedenti, sia per lo spirito di essa e la natura dell'appello incidentale; sia perchè bene spesso mancherebbe l'oggetto all'appello incidente e, come osserva giustamente la Corte di Genova, tornerebbe illusorio il rimedio dell'appello incidente, perchè pressochè senza interesse a valersene per l'appellato.

(c) Il 31 luglio 1882, legge 1882, II 369.

(d) Bozzani. Comune di Genova, Foro ital. 1881, I 1097 con note conformi dell'Avv. Canevello e richiami.

(1) l. c. II. 512 pag. 458.

sono presentare. Non crediamo si possa elevare a regola la massima che si dà appello incidentale solo tra appellante principale ed appellato e non tra coappellato e coappellato o la massima contraria, appunto perchè nessuna delle due è vera, quantunque ambedue contengano una parte di vero. — In altri termini il risolvere la presente questione non è che un corollario della dottrina prima annunciata; ossia si farà o non si farà luogo all'appello incidentale dell'appellato contro il coappellato a seconda che le condizioni di fatto o di diritto saranno o meno quali abbiamo accennato.

8. Non valgono, per noi, le ragioni addotte in contrario. La circostanza, che l'appello incidentale venga dopo il principale, perchè questo fu proposto, non importa che non possa essere diretto contro un coappellato, come alcuni, eccezionalmente poi, in altri casi, lo ammettono. Non può sussistere appello incidentale se non è proposto dopo il principale, appunto perchè questo lo determinò; dunque questa circostanza nulla cambia, perchè presuppone, o, per lo meno, lascia impregiudicata la questione. Si deve solo vedere, se l'appellato, a garanzia dei suoi diritti, in seguito all'appello principale, deve proporre appello incidentale contro l'altro coappellato. Nè si risponda che avrebbe dovuto proporre appello principale. Se la causa ne è l'appello principale da una parte contendente proposto, non sappiamo comprendere perchè, in previsione un'altra parte dovrebbe appellare. A che questi atti, forse inutili, molteplici, dispendiosi e senza un fondamento certo e serio, diretti a tutelare un vero pericolo del diritto? Finchè l'appello principale non è stato proposto, non vi era, o non si ravvisava sufficiente ragione di appellare da qualunque capo della sentenza. Ma colla notifica di un tale appello, se ne sente il bisogno ed allora è giusto, che nella forma, dal legislatore saviamente determinata si eserciti la legittima tutela dei proprii diritti. E l'art. 485 espressamente dichiara, senza restrizione, senza distinzione, in maniera generale ed illimitata, che da qualunque capo della sentenza si possa appellare incidentalmente: quindi non è dato neppure a noi il distinguere, La ragione della legge però apporta una necessaria distinzione, relativamente alla questione che esaminiamo — ed è, che il capo della sentenza dal quale l'appellato appella incidentalmente contro altro coappellato debba avere connessione coll'appello principale prodotto; non deve larvare una incorsa decadenza di termini, ma deve riferirsi all'appello principale, a seconda di quanto abbiamo sopra esposto. — Che l'appellante principale impugnando la sentenza di primo grado debba attendersi l'appello incidentale, qualora del caso, si comprende; ma, per noi, si comprende del pari, che altro coappellato, il quale conosce

per la notificazione avutane l'appello principale, vedendo come questo possa far sorgere il bisogno d'appellare incidentalmente ad altro coappellato, debba attendersi un tale appello, che, alla fin fine, trova il suo fondamento nello stato della causa, nei rapporti giuridici che passano tra le parti, in quelle conclusioni, che tutti in primo grado spiegarono, cooperando, per dir così, a che venisse emanata la sentenza contro la quale da varie parti sorge doglianza. Non ci pare possano influire sulla questione le altre osservazioni, che l'appello incidentale è un incidente del principale, un mezzo di difesa, un accessorio: perchè la sua natura è appunto di sorgere in quel giudizio che un appello principale ha provocato, ma pur rappresentando un vero e proprio diritto di una delle parti in causa, che in quella data maniera viene esplicato, non differendo, in quanto all'esser suo, dall'appello principale. Un mezzo di difesa lo è naturalmente, altrimenti non si comprenderebbe, poichè in giudizio ci si sta bene per questo, per difendersi nei modi dalla legge consentiti. Ma bisogna per l'appunto vedere come questa difesa deve essere esercitata; e non è mica obbligatorio che la difesa debba essere sola e tutta contro l'appellante principale, di null'altro occupandosi; ma questa difesa appunto si esercita contro l'appello principale per quanto concerne l'appellato, che, alla sua volta, appella incidentalmente contro altro coappellato, in questa guisa — e quindi rimane quello che i nostri contradittori vogliono, ossia un mezzo di difesa contro l'appello, salvo intendersi nel modo di esercitare questa difesa. E così pure non crediamo esatta l'affermazione che sia un accessorio (1). L'accessorio importa un principale; e questo può dirsi dell'appello incidentale, in quanto sorge solo allora che si è promosso un appello principale; ma il patrio legislatore sanzionando all'art. 487 che l'appello incidentale non è efficace se l'appello principale sia rigettato per essere stato proposto fuori termine; negli altri casi il rigetto dell'appello principale e la rinuncia al medesimo, non pregiudicando l'appello incidentale, ha chiaramente designato che questo non è un puro e semplice accessorio, ma ha una vita propria, autonoma, un istituto a sè, stabilendo la sola limitazione del termine, perchè l'appello incidentale deve nascere dopo il principale; e se questo fu proposto quando la sentenza aveva acquistato autorità di cosa giudicata, tale deve essere per tutti. Nè può concepirsi accessorio e principale dove non si hanno che due diritti a due parti spettanti e che li esercitano in conformità di legge. — Ma, si prosegue, l'appello incidentale

(1) Pandectes belges, Ap. inc. n. 9 Dalloz, Ap. inc. n. 50 Gargiulo l. c. sull'art. 487, I. Mortara e Cuzzeri Digesto ital. v. Aquiescenza n. 82.

è una domanda riconvenzionale. Notiamo anche qui che in alcuni casi gli stessi nostri contradittori, ammettono la possibilità dell'appello incidentale dell'appellato contro il coappellato; ed allora non è del pari una domanda riconvenzionale? Devesi pure tener conto della diversa dizione della legge agli art. 100 N. 3 e 485. Crediamo che sia questa una espressione, per lo meno, non esatta. Si ha la domanda riconvenzionale quando il convenuto, non solo eccepisce la domanda dell'attore, ma si fa, a sua volta attore; chiede qualcosa contro colui che promosse l'azione, origine del giudizio. Invece nei giudizii di appello non si fa, coll'appello incidentale che riprodurre innanzi il giudice di secondo grado tutta la causa. A lui si deferisce anche il giudizio di quella parte della sentenza, non attaccata coll'appello principale. Quindi, pure ammesso che una analogia vi sia, e taluni, infatti, dicono, che è una specie di domanda riconvenzionale (1), ciò non importerebbe una ragione decisiva tale da fare risolvere la questione.

Da ciò segue che il non lamentarsi ii coappellato a nulla influisce; poichè non è questa la ragione di poter proporre l'appello incidentale e perchè non è condizione essenziale che sia diretto contro chi si lamenta. La forma di tale appello offre pure argomento in contrario, ma anche questa non sembraci solida ragione. Se si deve nella prima risposta, non per questo si accenna solo all' appellante, che ha domandato, perchè non è detto che vi deve essere uno scambio *materiale* di proposte e risposte. Si presuppone una domanda, questo lo abbiamo sufficientemente veduto, ma la risposta è in ordine a tale domanda, quale essa la comporta e quindi contiene in sè tutta la necessaria difesa. Che se si fa per comparsa, ciò nulla toglie, essendo la forma stabilita dall'articolo 488 e, alla sua volta dispone l'articolo 37 procedura civile che ogni domanda è proposta con atto di citazione salvo che la legge stabilisca un'altra forma.

Che appellato si sia rimpetto l'appellante, sta bene ma abbiamo già accennato, come la qualità di appellato possa influire anche di fronte agli altri appellati ed appellato si è anche di fronte a questi; la legge, in genere, non poteva che occuparsi dall'appellato, come quegli, cui doveva provvedere e non può da questo davvero detrarsi un argomento contro la nostra tesi (2). Di nes-

(1) Pandectes belges Ap. inc. n. 42, Ricci l. c. II, nn. 511, 527, pagg. 458-470, C. Torino, 13 agosto 1884 già citata.

(2) La Cas. di Roma nella citata sentenza 10 giugno 1879 Est. Pacifici osservava: « Infatti la legge determinasi chi possa proporre appello incidentale ma non la persona contro cui possa essere proposto.

In mancanza quindi di qualunque disposizione di legge relativa a questo

suna efficacia è poi l'altra osservazione che nei procedimenti sommarii solò all'udienza i coappellati conoscerebbero l'appello incidentale del coappellato, in quella che conoscono il principale colla notificazione della citazione. La risposta è facile. La citazione d'appello è tale che li può porre sull'avviso, e ciò che concerne il procedimento ed il modo col quale è regolato può formare da nostra parte oggetto di critica, e non ingiusta, ma finchè è legge, non dobbiamo che rispettarla. Si òbbietta, da ultimo, che l'appello incidentale si trasmuterebbe in principale ed avrebbe ingresso oltre il termine di rigore, ma tutto ciò non ha fondamento. L'appello incidentale non può tramutarsi in principale, quando, sostanzialmente, non è che la stessa cosa, ossia il diritto di gravarsi di un giudicato che si ritiene lesivo dei proprii interessi; e non ripeteremo cose già dette intorno alla funzione sua, alla forma ed ai termini in cui si esplica, riuscendo opportuno ed indispensabile rimedio in date condizioni giuridiche.

9. Facciamo brevi osservazioni in rapporto alla garantia ed ai giudizii di graduazione.

Si presenta l'ipotesi di una azione esercitata contro il debitore ed il garante; il primo giudice respinge la domanda contro il debitore, l'accoglie contro il garante. Questi appella contro il garantito ed il debitore; il garantito potrà fare adesione, ma non appellare incidentalmente contro il debitore, perchè questi nulla ha fatto in appello — o il garante rivolge l'appello incidentale esclusivamente contro il debitore deducendo la sola questione sulla sussistenza dell'obbligazione principale, ed anche qui si ripete, è il caso dell'appello adesivo e non dell'incidentale — o il garante porge appello, principale solo contro il garantito, perchè fu dichiarato tenuto a prestare la garanzia, ed allora il garantito, potrà solo, se è in tempo appellare principalmente. Non importa, come abbiamo già detto, che il debitore nulla abbia fatto, poichè se nulla ha fatto in appello, ha in primo grado spiegato delle conclusioni, le quali, poste in armonia colle conclusioni del garante e col suo appello provoca la necessità dell'appello incidentale. Ma in quanto all'appello adesivo, è bene cominciare da una distinzione che subito si presenta alla mente. L'interesse deve essere comune; ora la distinzione cui accennavamo si è quella — tra il caso in cui vi sia stata conformità di conclusioni — o no, perchè in questa seconda ipotesi manca

particolare obbietto, la determinazione di tale persona deve farsi col principio generale sul qual basa l'appello incidentale. Or la cagione prima è fondamentale di questo è l'interesse che da un appello già interposto nasce, per coloro contro cui questo è diretto, di ottenere la riforma della sentenza appellata, per quanto è e comporta quell'interesse. »

l'interesse comune, non si ha l'identità di difesa, ma si ha invece l'interesse opposto (1). Ora o il garante ha ammesso la sua obbiigazione ed appella contro il debitore, perchè sia riconosciuta la sua obbligazione verso di lui, ben si comprende l'appello adesivo del garantito, perchè è questo il suo interesse, potendogli bene importare avere due obbligati invece di uno. — Ma se il garante impugna essere tale e per questo appella, non si comprende più un appello adesivo del garante, mancando l'interesse comune. Invece il garantito poteva acquietarsi al primo giudicato, perchè credeva potersi tener pago della condanna ottenuta dal garante: ma l'appello da questo proposto lo pone nella necessità di premunirsi contro una possibile riforma della sentenza ed ecco l'applicazione dell'appello incidentale. Poteva, invece, appellare principalmente, ma non era a questo obbligato, tenendosi pago, ripetiamo della sentenza quale era stata pronunciata; e perchè costringervelo? Possiamo ripetere col Mancini (2) « Ben può concepirsi un individuo cui spetta un diritto e nondimeno mancante d'interesse a promuovere un giudizio, potendo il diritto stesso non venir conteso, o trovarsi già in altro giudizio stabilito e garantito di tutti i mezzi esecutivi senza bisogno di giudiziali provvedimenti. Se potesse dimostrarsi che l'azione proposta fosse incapace di produrre alcun risultamento per lui vantaggioso e di servire ad uno scopo utile, la giustizia gli negherebbe il benefizio della sua protezione, non essendo costituita per dare oziosi ed accademici responsi.» Ripetiamo, il garantito avrebbe potuto appellare principalmente e lo avrebbe fatto, se il suo interesse, vero, positivo, reale, lo avesse spinto a questo. Ma perchè, sempre in qualunque modo costringervelo quando il suo diritto è altrimenti garantito, quando solo un'eventualità incerta e futura lo pone nuovamente in pericolo, dando così luogo a giudizii e spese di cui non si ravvisa la necessità, e, secondo noi, altro rimedio dalla legge viene apprestato? Così è a dirsi, quando soccombenti contro tutti, sia stato l'attore; il convenuto tace, perchè gli manca l'interesse ad agire avvalendosi dell'assolutoria conseguita in primo grado; ma se l'attore invece appella, e gli si trova nella necessità, a tutela del proprio diritto, di appellare incidentalmente contro il garante. Nè, per noi, è accettabile la teoria che, in questo caso, fa luogo all'appello adesivo (3). Se non del tutto

(1) Di questo argomento tratta il Mortara ai nn. 364, 365 della parte finora pubblicata della V. Appello civile nel digesto italiano. V. pure Gerace. Della adesione in appello quando il garantito soccombe all'attore e il garante al garantito nel giudizio di prima istanza. Giornale delle Leggi, IX, 220.

(2) Comm. al Cod. Sardo, Torino 1855. Soc. ed II, nn. 68, 69, pag. 77.

(3) Mortara cit. n. 365.

contradittorio è per lo meno, un po' strano che il convenuto appellato concluda per la conferma della sentenza appellata e quindi perchè sia respinta la domanda altrui; e nello stesso tempo, faccia adesione a questo appello stesso ammettendo la obbligazione prima impugnata per ottenere la condanna in via di rivalsa contro ai garante. Ma anche qui non crediamo si debbano creare eccezioni nella legge non contemplate e non necessarie, bastando le generali disposizioni della legge stessa sancite. È fuori di dubbio che il convenuto è soccombente di fronte al garante (1); adunque avrebbe popotuto appellar principalmente; non lo fece perchè gli faceva difetto quel vero e proprio interesse che anima un tale appello; ma se lo ha dovuto fare per l'appello prodotto dall'attore principale, anche contro di lui diretto, non è il caso vero e proprio di un appello incidentale? E si faccia un'ipotesi, si disputa in primo grado sul merito, il magistrato nel pronunziare la sentenza ordina, d'ufficio, l'esperimento di una prova; l'interessato principale non ha ragione d'opporsi e si dispone ad accettare la prova ordinata, farla eseguire. Ma l'ultima ora, appella la parte contraria insistendo sulla sua conclusione principale e di merito. Quegli che, in quelle condizioni, avrebbe accettato la sentenza quale rimedio avrebbe ora, in grado d'appello, nell'ipotesi venisse accolto l'appello principale, se non appellare incidentalmente contro un coappellato, perchè contro di lui venisse accolto una sua domanda? Appellare principalmente, non può; adesivamente, neppure, perchè manca l'interesse comune; d'altro canto accolto l'appello principale, che investe il merito, la causa è decisa; ed in qualunque modo perchè moltiplicare giudizii, quando tutte le parti sono in causa, legittimamente contraddicono e con una sola sentenza possono essere finite tutte le controversie tra loro insorte, evitandosi financo la possibilità di giudicati contradittorii?

10. Ora alcuni cenni relativamente ai giudizii di graduazione. Per noi è una conseguenza delle cose premesse; è sempre quello speciale stato giuridico, il fatto di un altrui appello, il pericolo di un proprio diritto che si deve riparare, l'attuarsi dell'interesse giuridico ad appellare che prima faceva difetto, i principii che devono far risolvere la questione. Non può il coappellato contro cui si rivolge da un altro coappellato l'appello incidentale opporre che per lui la sentenza di primo grado ha fatto passaggio in cosa giudicata al momento in cui l'appello si pro-

(4) Quanto meno, i primi giudici non pronunciarono sentenza per questo capo, e tale pronuncia, è eventualmente, necessaria: occorre quindi provocarla con una domanda. V. contro anche C. Torino 10 gennaio 1884. Ferr. A. I. c. Orlando, Giur. ital. 1874, 654.

pone, poichè in quel momento in cui si notificò l'appello principale, per l'appellato sorse un nuovo termine (1), la potenzialità di esercitare il suo diritto di gravarsi di una sentenza nel modo speciale che la legge senza distinzioni, ha prefisso.

La Corte di appello di Milano così giudicava (2): Nel giudizio di graduazione essendovi sostanzialmente tante cause quante sono le collocazioni contestate non può considerarsi come appellato, e quindi in diritto di proporre appello incidente, se non quello la cui collocazione è contestata coll'appello principale.

Tale massima, così affermata, trova la sua confutazione nelle cose fin qui dette. La Corte osserva mancare l'interesse e quando, in fatto, questo è accertato, si comprende che debba pure fare difetto qualsiasi rimedio giuridico, perchè manca il diritto da esercitare legittimamente. Neppur sembraci poter accettare la teoria che nei giudizii di graduazione si abbiano tante cause quante sono le collocazioni. Bisogna, naturalmente, non dimenticare lo speciale giudizio di cui trattasi. V'ha una somma che deve essere distribuita a favore degli aventi diritto. Si comprende che ognuno agisce per proprio conto e può dare tutte le eccezioni che a lui e al proprio debitore sono concesse. Ma non si può raffigurare una distinzione così precisa, là dove invece non si ha che un organismo. È un complesso di diritti, d'interessi che si svolge in un giudizio; diritti, interessi, che danno, per così dire, un'unica risultante; è tale l'intreccio, che non si può riguardare ad uno separatamente dell'altro. Quindi ne segue che quella variazione da un appello apportata, può andare a ripercuotere altri; donde l'interesse ad appellare, ed in determinati casi, anche incidentalmente, da parte di un appellato contro altro coappellato.

Macerata, Luglio 1887.

Avv. Gaetano Franceschini.

---

(1) Su questo argomento del termine in rapporto all' appello incidentale, V. Mortara e Cuzzeri. Digesto italiano V. Acquiescenza 81, 82.

(2) Camozzi De Gherardi, Morizzo, Bazzigherri e Forglier, 1 ottobre 1883, Annal. 1883, II, 579.

D.r LEONARDO VALLARDI, Editore.

IL FILANGIERI

MILANO Via Disciplini, 15 | NAPOLI Via Pignatelli, 29

Ai Lettori.

L'egregio D.r Leonardo Vallardi ha voluto gentilmente incaricarmi di assumere la direzione del *Filangieri*, già stata prima tenuta con molto amore e profitto dal prof. Alberto Marghieri di Napoli, mio carissimo collega ed amico.

Nell'assumere il grave incarico, penso cosa utile esporre brevemente ai lettori alcuni pensieri.

Intanto, procurerò che sotto la mia direzione il *Filangieri* continui a mantenere alto e rispettato il nome illustre che esso porta, e che da solo è tutto un programma di idee e di indirizzi liberali. — Poi, procurerò, che i fascicoli settimanali contengono più cose che parole; imperocchè se le note alle sentenze giovano a chiarire le tesi controverse, esse non giovano punto o giovano assai poco quando invece fra sentenza e giornale ci sia concordia di opinioni. Adunque note, illustrazioni, richiami, quando veramente ce ne sia bisogno; altrimenti, no.

Da ultimo, farò in modo che i fascicoli dedicati alla dottrina ieno un campo aperto a tutte le savie ed utili discussioni della scienza. Nessuna scuola sarà qui esclusa da altra scuola, ma tutte si daranno amorevolmente la mano nella ricerca del vero. Soltanto le menti anguste possono credere che la verità stia tutta nell'una o nell'altra teoria, mentre essa è multiforme nelle sue manifestazioni e solo per mezzo di un liberissimo ed esauriente esame può mostrarsi in tutto il suo splendore.

Io mi auguro quindi per il vantaggio degli studî che il *Filangieri* sappia procacciarsi ognor più il favore del pubblico, e che il coraggioso ed intelligente editore trovi in questo favore un giusto compenso alle molte sue fatiche.

ERCOLE VIDARI.

Pavia, 2 Febbraio 1887.